

ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH AN170041-L vom 29. April 2019

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2019-04-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich_AN170041-L

FR: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH AN170041-L du 29 avril 2019

IT: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH AN170041-L del 29 aprile 2019

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt Der Beklagte ist Facharzt für Psychiatrie/Psychotherapie sowie Allgemeinmedizin mit eigenen Praxisräumlichkeiten in Zürich. Die Klägerin war vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Oktober 2016 beim Beklagten als delegierte Psychotherapeutin tätig (act. 1 Rz. 8, act. 13 S. 4). Zu diesem Zweck schlossen die Parteien am

E. 3

Die wichtigen Punkte in näherer Betrachtung Die Parteien unterzeichneten eine als "Arbeitsvertrag" betitelte Vereinbarung (act. 5/2) sowie die "Regelungen für die Zusammenarbeit" (act. 5/3). Im "Arbeits- vertrag" wurde neben der delegierten Psychotherapie eine selbständige Erwerbs- tätigkeit erlaubt (act. 5/2 Ziff. 1). Der Beklagte bringt vor, die Klägerin sei aus- schliesslich im Rahmen der ihr freigestellten selbständigen Erwerbstätigkeit tätig gewesen (act. 13 S. 13). Die Klägerin entgegnet, dass sämtliche Patienten unter der Aufsicht des Beklagten und über die Kasse C._ abgewickelt worden und somit delegierte Patienten gewesen seien (act. 26 Rz. 17). Des Weiteren sei gemäss dem Beklagten die Fakturierung der Therapien ausschliesslich über ihn erfolgt, damit die Klägerin ihre Leistungen der Krankenkasse habe verrechnen können (act. 13 S. 15). Dies wäre jedoch lediglich bei der delegierten Psychotherapie nö- tig gewesen. Bei der Betreuung von Privatpatienten hätte die Klägerin selber Rechnung stellen müssen (act. 26 Rz. 16, act. 5/3 S. 7). Der Beklagte bringt denn auch vor, dass über ihn nur diejenigen Patienten abgerechnet worden seien, wel- che die Klägerin in delegierter Psychotherapie betreut habe. Ob sie daneben noch Privatpatienten gehabt habe, wisse er nicht, noch habe er damit etwas zu tun (act. 31 S. 8, act. 46 S. 5 f.). Damit ist klar, dass es sich bei sämtlichen abgerechneten Therapien um solche aus delegierter Psychotherapie handelte und es im vorliegenden Verfahren einzig darum geht, ob die Klägerin aufgrund dieser abgerechneten Therapien in einem Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten stand. Demzufolge ist nachfolgend zu prüfen, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis nach Art. 319 ff. OR bestand. Auf das Vorliegen der Voraussetzungen der delegierten Psychotherapie ist nicht wei- ter einzugehen.

- 11 -

E. 3.1

Terminologie Die Klägerin stützt ihre Argumentation zum Vorliegen eines arbeitsrechtlichen Vertragsverhältnisses nach Art. 319 OR im Wesentlichen auf den Wortlaut und die Systematik des als Arbeitsvertrag betitelten Dokuments und die "Regelungen für die Zusammenarbeit" (act. 26 Rz. 8 ff.). Tatsächlich trägt der von den Parteien am 3. November 2010 unterzeichnete Ver- trag den Titel Arbeitsvertrag, und die

Parteien werden darin als Arbeitgeber und Arbeitnehmer bezeichnet. Alleine gestützt auf den Vertragstitel Arbeitsvertrag so- wie die Parteibezeichnung als Arbeitnehmer und Arbeitgeber oder gestützt auf ei- nen Verweis auf Art. 319 ff. OR (vgl. act. 5/2, insb. Titel, Rubrum und Ziff. 1 und 2) kann noch nicht auf ein Arbeitsverhältnis geschlossen werden. Ob ein Rechtsver- hältnis als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist oder nicht, hängt nicht entscheidend von seiner Bezeichnung durch die Parteien ab, sondern allein vom vereinbarten Inhalt, d.h. davon, ob die gegenseitigen Abmachungen arbeitsvertraglichen Cha- rakter aufweisen (BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Basel 2011, N1b zu Art. 319 OR). Der Vertrag beinhaltet nebst der Bezeichnung als Arbeitsvertrag die folgenden In- dizien, welche für die Qualifikation des Vertrags als Arbeitsvertrag sprechen: – Der Vertrag verweist auf Art. 319 ff. OR; – Der Vertrag ist unbefristet; – Die Therapien werden den Patienten durch den Beklagten in Rechnung ge- stellt; – Der Beklagte bezahlt der Klägerin den Nettolohn inkl. Ferienzuschlag aus; – Vereinbarung eines Ferienlohnes in Form eines Lohnzuschlages von 8.33% des Lohnes; – Regelung der Lohnfortzahlung bei Arbeitsverhinderung; – Sozialversicherungsbeiträge und berufliche Vorsorge sind vorgesehen; – Abschliessen einer Berufshaftpflichtversicherung durch den Beklagten, wel- che auch die Tätigkeit der Klägerin einschliesst; – Es ist eine Kündigungsfrist von 3 Monaten vorgesehen.

- 12 -

E. 3.2

Weisungsgebundenheit Unbestritten ist, dass in den ersten sechs bis acht Wochen nach Aufnahme neuer Patienten in die Psychotherapie der Klägerin eine gemeinsame Sitzung mit dem Beklagten stattfinden musste. Danach erfolgte alle sechs Monate eine weitere Sitzung zusammen mit dem Beklagten. Zwischenzeitlich informierte die Klägerin den Beklagten über wichtige Ereignisse in der Therapie, wie beispielsweise Hos- pitalisation, Unfälle etc. (act. 5/3 S. 2 und 6, act. 13 S. 12, act. 26 Rz. 27, act. 31 S. 15 f.). Ansonsten konnte die Klägerin fachlich weisungsungebunden agieren. Die fachliche Weisungsfreiheit steht der Annahme eines Arbeitsvertrages nicht entgegen; solange eine Weisungsgebundenheit hinsichtlich der betrieblichen Ein- ordnung und der zu verfolgenden Ziele gegeben ist (REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N 52 zu Art. 319 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 6 zu Art. 319 OR). Der Beklagte bringt zur betrieblichen Einordnung vor, dass abgesehen von diesen Anordnungen im Rahmen der Patientengespräche keine Weisungsgebundenheit der Klägerin bestanden habe (act. 13 S. 13). Die Klägerin erwidert, dass gerade die "Regelungen für die Zusammenarbeit" (act. 5/3) zu einem wesentlichen Teil aus Anweisungen des Beklagten bestanden hätten (act. 26 Rz. 27). Diese sind nachstehend näher zu betrachten. Die Klägerin hat sich mit ihrer Unterschrift am 3. November 2011 ausdrücklich mit den "Regelungen für die Zusammenarbeit" einverstanden erklärt (act. 5/3 S. 8). Das Dokument ist datiert vom 22. Mai 2009, mit dem Briefkopf des Beklagten ausgestellt (act. 5/3 S. 1) und aus seiner Perspektive verfasst (beispielsweise act. 5/3 S. 2 Punkt 6, S. 3 Punkt 4 und 5, S. 4 Punkt 10, S. 6, S. 7 Punkt 2). Dar- aus lässt sich schliessen, dass der Beklagte in den "Regelungen für die Zusam- menarbeit" seine Vorstellungen bezüglich des Funktionierens der delegierten Psychotherapie festhält und dadurch den Psychologen und Psychologinnen Vor- gaben zur täglichen Arbeit macht, unter anderem da der Beklagte, wie er an meh- reren Stellen in den "Regelungen für die Zusammenarbeit" erwähnt, die juristische und fachliche Verantwortung für die delegierte Psychotherapie trägt (act. 5/3 S. 2 Punkt 2, S. 6 Punkt 1, S.

8).

- 13 - Die "Regelungen für die Zusammenarbeit" enthalten verschiedene Fach- und Zielanweisungen (act. 5/3 S. 1 f.). Ferner werden darin konkrete Anordnungen definiert. Für einen Patientennotfall wird beispielsweise statuiert, dass primär der Beklagte beizuziehen ist. Weiter wird festgehalten, wie die Patientendokumentation zu erfolgen hat (act. 5/3 S. 2), wie mit Rezeptwünschen von Patienten umgegangen wird, wie die Therapeuten und Therapeutinnen den Beklagten zu informieren haben oder wie die zuweisenden Ärzte behandelt werden (act. 5/3 S. 6). Sodann wird erwähnt, dass die Psychologinnen und Psychologen eine Archivierungspflicht der Krankengeschichte sowie mindestens zweimal pro Quartal eine Abrechnungspflicht trifft (act. 5/3 S. 4 f.) und dass der Beklagte bestimmt, wie Leistungen in Abwesenheit abgerechnet werden (act. 5/3 S. 5). Zudem weisen die "Regelungen für die Zusammenarbeit" auch Verhaltensanweisungen auf, so zum Beispiel, dass man Unstimmigkeiten möglichst rasch kommunizieren und die anderen Therapeuten und Therapeutinnen nicht mit traumatisierenden Details aus Therapien zu belasten habe (act. 5/3 S. 2 f.). Schliesslich sind ebenso organisatorische Anweisungen zu finden (Nutzungsgebühren und Kostenbeteiligungen, Rechnungstellung, act. 5/3 S. 3 ff.). All diese Weisungen dienen dazu, einen reibungslosen Geschäftsgang und die korrekte Betreuung der Patienten sicherzustellen. Vor allem das vom Beklagten detailliert aufgestellte Konzept auf S. 2 ermöglichte ihm, die Patienten und die von der Klägerin gewählte Therapie zu überwachen. Darüber hinaus führt die Klägerin aus, dass der Beklagte nebst den "Regelungen für die Zusammenarbeit" seine Weisungskompetenz auch in anderem Rahmen wahrgenommen habe. Der Beklagte habe seine Therapeuten und Therapeutinnen angehalten, Rezepte und Arbeitsunfähigkeitszeugnisse auf von ihm erteilten blanco unterschriebenen und gestempelten Blättern zu verfassen. Ähnlich sei es mit der Verbuchung von seinen Interventionsstunden verlaufen, die nach Wahrnehmung der Klägerin teilweise nicht im vom Beklagten verrechneten Umfang stattgefunden hätten (act. 26 Rz. 27). Ebenso seien das Wartezimmer und die Küche durch den Beklagten eingerichtet worden und die Küche sei ausschliesslich mit seinen Gestellen und Schränken verstellt worden (act. 26 Rz. 35). Aus diesen Vorbringen lässt sich jedoch keine weitere Weisungsgebundenheit ableiten, zumal

- 14 - diese unsubstantiiert dargelegt wurden und überdies vom Beklagten bestritten werden. Im vorliegenden Verfahren trat der Aktenschluss nach den ersten zwei Schriftenwechseln ein (Art. 229 Abs. 2 ZPO). Die neue Tatsache, dass der Beklagte die Therapieabläufe kontrolliert und auch gerügt habe, wurde erstmals in der Eingabe der Klägerin vom 27. Juni 2018 vorgebracht und damit nach Aktenschluss (act. 40 Rz. 9). Somit handelt es sich bei der neuen Tatsache um ein unechtes Novum, das bei genügender Sorgfalt vor Aktenschluss hätte vorgebracht werden können, weshalb es vorliegend nicht mehr berücksichtigt wird (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO). Unbestritten ist jedoch, dass die Klägerin dem Beklagten die für die Fakturen gegenüber den Krankenkassen erforderlichen Angaben und Unterlagen geliefert und er diese an die Kasse C. zur Bearbeitung weitergeleitet hatte (act. 5/2 Ziff. 4, act. 18 S. 6). Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Klägerin durch die "Regelungen für die Zusammenarbeit" in arbeitsorganisatorischer- und administrativer Hinsicht weisungsgebunden war. Sie erhielt Weisungen, die über das hinausgingen, was für die Einhaltung der Krankenversicherungsgesetzgebung notwendig gewesen wäre. Durch die Übermittlung sämtlicher Unterlagen zur Abrechnung mit der Kasse C. an den Beklagten hatte dieser die

Möglichkeit, nebst der Arbeit auch die Abrechnung der Leistungen der Klägerin zu kontrollieren. In tatsächlicher Hinsicht war die Klägerin somit fest in die Arbeitsorganisation des Beklagten eingebunden, und es kam ihr kein hohes Mass an Selbständigkeit zu.

E. 3.3

Arbeitszeit und Ferienbezug / Arbeitsort Zur Einordnung in eine fremde Arbeitsorganisation gehört neben der Weisungsgebundenheit auch, dass die Arbeitsleistung in zeitlicher und örtlicher Hinsicht im Vertrag umschrieben wird (BGer 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007 E.4.1.1, EM-MEL, in: Huguenin/Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2016, N 6 zu Art. 319 OR.)

- 15 - Im Arbeitsvertrag (act. 5/2) sowie in den "Regelungen für die Zusammenarbeit" (act. 5/3) wird bezüglich der Arbeitszeit nichts festgehalten. Der Beklagte führt dazu aus, dass die Klägerin ihre Termine mit den Patienten selber vereinbart und koordiniert habe. Ebenfalls sei sie bezüglich ihrer Feriengestaltung, entgegen dem im Arbeitsvertrag festgehaltenen Anspruch von vier Wochen Ferien pro Jahr (act. 5/2 Ziff. 5), an keine Anordnungen seitens des Beklagten gebunden gewesen. So habe die Klägerin auch im Sommer regelmässig während mehrerer Wochen frei genommen und sei um die Weihnachtszeit für längere Zeit abwesend gewesen (act. 13 S. 13 f.), was diese nicht bestritt. Ergänzend hält der Beklagte fest, dass aufgrund der unregelmässigen Arbeitszeiten der Ferienlohn im Nettolohn enthalten sei, da der Beklagte aufgrund seiner Bereitschaft zur "Delegierten Psychotherapie" nicht mit zusätzlichen Kosten, wie der Ferienentschädigung, belastet werden sollte (act. 5/2 S. 2 und act. 13 S. 14). Demgegenüber steht im Arbeitsvertrag ausdrücklich geschrieben, dass die delegierte Psychotherapie in den Praxisräumen des Beklagten auf seine Weisung und unter seiner Aufsicht stattzufinden habe, was auch unbestrittenermassen so erfolgte (act. 5/2 Ziff. 1, act. 1 S. Rz. 8, act. 13 S. 4, act. 40 Rz. 7). Der Darstellung der Parteien kann nicht entnommen werden, dass die Klägerin zusätzlich einen Teil ihrer Arbeit zu Hause oder an einem anderen Arbeitsort erledigt hätte. Darüber hinaus ist die Grundeinrichtung vom Beklagten gestellt worden, wofür die Psychologen und Psychologinnen eine Nutzungsgebühr entrichten mussten (act. 13 S. 14, act. 26 Rz. 35, act. 31 S. 19 f.). Dabei ist es nicht von grosser Relevanz, ob die Klägerin den Praxisraum aussuchen konnte (act. 26 Rz. 33, act. 31 S. 25). Von Bedeutung ist jedoch der Entscheid des Beklagten, dass die Klägerin den Praxisraum trotz der hohen Kosten mit niemandem teilen durfte, unabhängig davon, ob dies zur Untermiete gewesen wäre oder ob die Klägerin den Raum mit einer anderen Psychologin aus der Praxis geteilt hätte (Prot. S. 16 f.). Demzufolge verrichtete die Klägerin ihre Tätigkeit während der gesamten Anstellungsdauer in den Praxisräumen des Beklagten und konnte nicht nur einen der Therapieräume benutzen, sondern unbestrittenermassen von der gesamten Infrastruktur einer bestens ausgerüsteten Psychotherapiepraxis profitieren. Dazu zählte die Mitbe-

- 16 - nützung des Sekretariats, der EDV-Ausstattung, des Wartezimmers, der Kaffeeküche und des Kopierers. Die neuen Tatsachenbehauptungen, dass die Klägerin kein Homeoffice haben dürfen, der Beklagte die meisten Schreiben an Patienten oder Organisationen mitunterzeichnet habe und diese immer mit dem Praxisnamen des Beklagten versehen gewesen seien (act. 51 Rz. 7), sind nicht zu berücksichtigen. Es handelt sich dabei um unechte Noven, die erst nach Aktenschluss vorgebracht wurden (Art.

229 Abs. 1 lit. b ZPO). Die freie Zeiteinteilung (einschliesslich der Freiheit beim Ferienbezug) alleine spricht noch nicht gegen das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses. Denn mit der Flexibilisierung der Arbeitsverhältnisse ist es häufiger geworden, dass keine festen Arbeitszeiten vorgesehen werden, sondern die Arbeitseinsätze nach dem tatsächlichen Arbeitsanfall ausgerichtet werden (Urteil BGer 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007, E.4.1.1, EMMEL, a.a.O., N 6 zu Art. 319 OR.). Das vom Beklagten vorgebrachte Argument der Abgeltung des Ferienlohnes durch den Nettolohn inkl. einer Ferienentschädigung und dessen entsprechende Verankerung im Arbeitsvertrag (act. 5/2 Ziff. 6) stellt gerade ein Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses dar. Eigentlich hat eine Ferienregelung nur in einem Arbeitsverhältnis etwas zu suchen. Zudem spricht der Umstand, dass die Klägerin ihre Arbeit ausschliesslich unter Nutzung der Infrastruktur des Beklagten in seiner Praxis erbrachte, für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses.

E. 3.4

Arbeitszuweisung Im Arbeitsvertrag wird festgehalten, dass kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Zuweisung einer bestimmten Mindestzahl von Psychotherapien durch den Arbeitgeber bestehe (act. 5/2 Ziff. 3). In den "Regelungen für die Zusammenarbeit" steht, dass die Klägerin selbst für die Akquisition ihrer Patienten verantwortlich sei. Der Beklagte weise nach Möglichkeit Patienten nach seinen Kriterien, ohne Anspruch auf Gerechtigkeit und ohne eine Diskussion über die Verteilung den Psychologen und Psychologinnen zu (act. 5/3 S. 4). Der Beklagte führt dazu aus, er sei weder verpflichtet gewesen, der Klägerin im Rahmen der delegierten Psy-

- 17 - chotherapie Patienten zuzuweisen noch sei die Klägerin verpflichtet gewesen, Therapieaufträge zu übernehmen (act. 13 S. 11 f.). Dieses Vorbringen bestreitet die Klägerin nicht. Diese Gegebenheiten lassen sich unter Berücksichtigung des Arbeitsorts in den Praxisräumen des Beklagten weniger eindeutig als Hinweis für oder gegen eine selbständige bzw. unselbständige Erwerbstätigkeit werten.

E. 3.5

Wirtschaftliche Abhängigkeit Ein weiteres Kriterium für die Unterscheidung zwischen einer selbständigen und einer unselbständigen Tätigkeit bildet die Frage der wirtschaftlichen Abhängigkeit. Dabei kommt es letztlich darauf an, ob durch die vertragliche Bindung die Dispositionsmöglichkeit über den Einsatz der eigenen Arbeitskraft in dem Sinne verloren geht, dass über das Entgelt als Gegenleistung hinaus nicht mehr am wirtschaftlichen Erfolg des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft partizipiert werden kann. Ein wesentliches Indiz für eine Abhängigkeit in diesem Sinne liegt vor, wenn eine Person ausschliesslich für ein einziges Unternehmen tätig ist (BGer Urteil 4A_553/2008 vom 9. Februar 2009, E.4.2, EMMEL, a.a.O., N 6 zu Art. 319 OR).

Unbestrittenermassen arbeitete die Klägerin in der delegierten Psychotherapie ausschliesslich für den Beklagten und konnte nur durch ihn ihre Psychotherapie über die obligatorische Krankenkasse abrechnen (act. 1 Rz. 8, act. 13 S. 16 f., act. 31 S. 7, act. 40 Rz. 11). Einig sind sich die Parteien auch darin, dass die Klägerin ohne diese Möglichkeit eine grosse Anzahl ihrer Kunden verloren hätte und es ihr nicht möglich gewesen wäre, neue Kunden zu akquirieren. Ihre Kunden hätten sich ohne die Abrechnung über die obligatorische Krankenkasse die Therapie nicht leisten können (act. 31 S. 7, act. 51 Rz. 6). Für den vorliegenden Fall ist es irrelevant, ob die Klägerin tatsächlich in einem Vollzeitpensum für den Beklagten tätig war, welches sie später aufgrund ihrer Krankheit

auf ein 60%-Pensum reduzieren musste (act. 1 Rz. 25, act. 13 S. 11, act. 18 S. 12, act. 26 Rz. 24 f., act. 31 S. 10 ff., act. 40 Rz. 16 ff.). Es ist ohne weiteres möglich, in einem Teilzeitpensum unselbständig erwerbstätig zu sein und nebenbei eine selbständige Erwerbstätig-

- 18 - keit auszuüben. Demzufolge war die Klägerin vom Beklagten wirtschaftlich abhängig, was wiederum für eine unselbständige Erwerbstätigkeit spricht.

E. 3.6

Rechnungstellung / Lohnzahlungen / Unternehmensrisiko Der Beklagte bringt schliesslich vor, dass die Fakturierung der Therapien der Klägerin über ihn erfolgt sei, weil die Klägerin ansonsten die erbrachten Therapien nicht als Pflichtleistung der obligatorischen Krankenkasse in Rechnung stellen können. Der Anstellungsvertrag sei jedoch so ausgestaltet gewesen, dass die Klägerin letztlich das Ergebnis ihrer Arbeit vollständig erhalten habe, unter Abgeltung der Leistungen des Beklagten, der Infrastrukturkosten und ihm durch die Klägerin entstandenen Aufwendungen, wie die Arbeitgeberbeiträge an Sozialversicherungen, den Beizug Dritter, wie der Kasse C._ für administrative Belange (act. 13 S. 16 f.). Darüber hinaus habe der Beklagte mit der Klägerin vereinbart, dass zuhanden der Kasse C._ 21% des Umsatzes der Klägerin für Sozialabzüge und Inkassorisiko vom Konto des Beklagten auf das Poolkonto überwiesen werden würden. Zusätzlich seien 5% des klägerischen Umsatzes als sog. Administrativbeiträge in derselben Weise zu behandeln gewesen. Der Restbetrag sollte anschliessend der Klägerin direkt auf ihr Konto ausbezahlt werden (act. 13.S. 19 f.). Die für die Abrechnung der Leistungen notwendigen Unterlagen seien vom Beklagten an die Kasse C._ weitergeleitet worden, welche diese mit Blick auf die Leistungen der Krankenkassen bearbeitet habe. Gleichzeitig habe die Kasse C._ Lohnabrechnungen der Klägerin erstellt und direkt ihr zugestellt, wobei der Beklagte nicht damit bedient worden sei (act. 18 S. 6 f.). Die Klägerin macht geltend, dass sie während der gesamten Anstellungsdauer dem Beklagten neben einer horrenden Nutzungsgebühr für die Therapieräume, die Kosten für die Tätigkeit der Kasse C._, unter anderem Rückbelastung aus der Rechnungsstellung und Inkassorisiko annullierter Rechnungen, Kosten für Treuhand und Reinigung, die vollständigen BVG-Abzüge (Arbeitgeber und Arbeitnehmerbeiträge) sowie einen Praxisbeitrag von 5% aller Einnahmen bezahlen habe müssen. Zusätzlich seien jeweils 21% des eingenommenen Honorars der Klägerin auf ein sogenanntes Poolkonto/Risiko/Absicherungskonto geflossen (act. 1 Rz. 9 f.). Neben dem vorliegend vereinbarten, gebe es auch verschiedene andere

- 19 - Entschädigungsmodelle, bei denen ein Arbeitnehmer das unternehmerische Risiko in wesentlichen Teilen mittrage, beispielsweise als Versicherungsberater etc. (act. 26 Rz. 29). Gemäss Vertrag richtete sich der Lohn der Klägerin nach dem Umfang der erbrachten und tariflich verrechenbaren Leistungen (act. 5/2 Ziff. 5). Es ist unbestritten, dass die Rechnungen für die delegierte Psychotherapie der Klägerin im Namen des Beklagten gestellt wurden (act. 13 S. 15). Zusätzlich richtete der Beklagte der Klägerin über die Kasse C._ monatliche Akontozahlungen aus. Die Klägerin erhielt dementsprechend regelmässige Lohnabrechnungen unter dem Namen des Beklagten [ausgestellt von der Kasse C._ bzw. später von D._ Treuhand GmbH], auf welchen nach Abzug der Sozialversicherungen und des BVG-Anteils der Nettolohn ausgewiesen war. Da es sich dabei um Akontozahlungen handelte und die Kasse C._ schliesslich die Einkünfte der Klägerin abrechnete, resultierten starke Schwankungen bei den monatlichen

Nettoeinkünften der Klägerin (vgl. act. 5/5, 5/7, 5/9, 5/11, 5/13, 5/15). Auch aus den "Regelungen für die Zusammenarbeit" ist ersichtlich, dass der Beklagte versuchte, sein finanzielles Risiko soweit wie möglich auf die Klägerin abzuwälzen (act. 5/3 S. 3). Ebenso findet sich bei den Akten eine von den Parteien unterzeichnete Vereinbarung, die besagt, dass die Kasse C. 21% und 5% vom Umsatz der Klägerin abzieht und direkt auf das Poolkonto des Beklagten überweist. Dem Dokument ist jedoch nicht zu entnehmen, welche Kosten mit diesen zwei Beträgen gedeckt werden sollen ("Anweisung an die Kasse C." act. 15/7). Demzufolge hatte die Klägerin gegen einen Beitrag an die Unkosten ohne grossen organisatorischen oder finanziellen Aufwand die Möglichkeit, ihre Tätigkeit als Psychotherapeutin auszuüben, weshalb nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Klägerin durch die Beteiligung an den Unkosten erhebliche Investitionen tätigen musste. Ebenso ist die Tragung eines erheblichen Verlustrisikos durch die Klägerin nicht ersichtlich. Wohl hatte sie insgesamt einen hohen Beitrag an die Unkosten zu zahlen, jedoch konnte sie angesichts der in der Vereinbarung festgelegten dreimonatigen Kündigungsfrist ihre Tätigkeit als Psychologin bei wirtschaftlichem Misserfolg relativ kurzfristig und ohne Einbussen wieder aufgeben (act. 5/2

- 20 - Ziff. 10). Das Kündigungsschreiben des Beklagten vom 22. Juli 2016 zeigt, dass diese Kündigungsfrist von den Parteien so gelebt wurde (act. 5/4). Die Klägerin musste somit weder Angestelltenlöhne entrichten, noch für ein längerfristiges Mietverhältnis eintreten (vgl. BGE 144 V 111 E.6.2.1 f.). Es kann offen bleiben, ob die Höhe der abgeführten Kosten angemessen war, da diese Frage nicht Gegenstand der vorliegenden Klage ist. Des Weiteren sprechen auch die schwankenden Nettolöhne nicht für die Tragung eines erheblichen Unternehmensrisikos durch die Klägerin. Vertragliche Vereinbarungen bezüglich Beteiligungen am Gewinn, Umsatz und sonst am Geschäftsergebnis sind nach Art. 322a OR erlaubt und auch in anderen Berufen anzutreffen. Die Beteiligung darf dabei aber nicht das Betriebsrisiko auf den Arbeitnehmer überwälzen, indem der Arbeitnehmer im Verlustfall keinerlei Lohn erhält. Sie muss immer mit einer Minimalregelung verbunden sein, die angemessenen Lohn garantiert (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 2 zu Art. 322a OR). Ob vorliegend das besagte vereinbarte leistungsbezogene Nettolohnsystem zulässig ist, kann offen bleiben. Auch diese Frage ist nicht Gegenstand der vorliegenden Klage. Insgesamt fehlt es an einem spezifischen Unternehmensrisiko der Klägerin, was gegen eine selbständige Erwerbstätigkeit spricht. Schliesslich stellt auch der Umstand, dass nur der Beklagte bei der SVA sowie bei der Personalvorsorgestiftung E. angeschlossen ist, einen weiteren Hinweis für einen Arbeitsvertrag dar. So lieferte die Kasse C. unbestritten im Auftrag des Beklagten die gesamten Sozialversicherungsbeiträge sowie BVG-Beiträge an die entsprechenden Institutionen ab (act. 5/2 Ziff. 8).

E. 3.7

Einbringen des eigenen Patientenstamms Der Beklagte führt aus, die Klägerin habe ihren eigenen Patientenstamm in die Praxisgemeinschaft eingebracht und diesen beim Verlassen der Praxis auch wieder mitgenommen (act. 13 S. 12, act. 31 S. 14, act. 46 S. 8). Dies ist allerdings kein taugliches Argument für das Nichtvorliegen eines Arbeitsvertrags. Auch bei anderen (freien) Berufen verhält es sich ähnlich, beispielsweise bei Kundenbera-

- 21 - tern, Coiffeusen o.ä.. Deshalb sind dort oft keine Konkurrenzverbote möglich. Um Arbeitsverhältnisse handelt es sich aber regelmässig.

E. 3.8

Fazit Im vorliegenden Fall finden sich gerade in den "Regelungen für die Zusammenarbeit" einige Vereinbarungen, die für ein Arbeitsverhältnis atypisch sind. Dazu gehören die weitgehende Kostenbeteiligungen der Klägerin, die Übernahme der BVG-Beiträge inkl. der Prämien für die Krankentaggeldversicherung durch die Klägerin sowie, dass der Beklagte mehrfach seine Schadloshaltung im Zusammenhang mit der Anstellung der Klägerin betont, beispielsweise in Bezug auf Regresse von Krankenkassen, Lohnfortzahlung, Akontolohnzahlungen etc. (act. 5/3 S. 3 f.). Nach dem Gesagten weist die von der Klägerin ausgeübte delegierte Psychotherapie jedoch verschiedene Kriterien auf, die überwiegend zugunsten einer unselbständigen Tätigkeit sprechen. Dazu zählt, dass der Auftritt und die Rechnungsstellung unter dem Namen des Beklagten erfolgten. Von massgeblicher Bedeutung ist, dass die Klägerin vom Beklagten wirtschaftlich abhängig war, da sie ohne ihn ihre Therapien nicht über die obligatorische Krankenkasse abrechnen konnte. Dabei hätte sich die fehlende Abrechnung über die obligatorische Krankenkasse negativ auf die Patientenanzahl der Klägerin ausgewirkt. Bei ihrer gesamten Tätigkeit hatte sie kein erhebliches Unternehmensrisiko zu tragen, zumal sie bei Misserfolg mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten aus dem Vertrag hätte aussteigen können. Zudem unterzeichneten die Parteien ein als Arbeitsvertrag betitelt Dokument, welches noch weitere Elemente eines Arbeitsvertrages beinhaltet. Auch überwies der Beklagte den Arbeitgeber sowie den Arbeitnehmeranteil der Sozialversicherungsbeiträge über die Kasse C. an die SVA und die Personalvorsorgestiftung E., da nur er bei diesen Institutionen registriert ist. Als gewichtigstes Argument erscheint vorliegend, dass die Klägerin weitgehend betriebswirtschaftlich, persönlich und wissenschaftlich-konzeptuell in die Praxis Dr. med. B. eingebunden war und der diesbezüglichen Kontrolle des Beklagten unterstand. Sodann behandelte sie sämtliche Patienten aus der delegierten Psychotherapie in seinen Praxisräumen unter Mitbenutzung der gesamten Infrastruktur des Beklagten. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung belegen all diese

- 22 - Merkmale ein Abhängigkeits- und Unterordnungsverhältnis. Den gegenläufigen Aspekten der freien Patientenannahme, freien Einteilung der Arbeitszeit und Ferien, der Übernahme eines Unkostenbeitrags sowie der Bezahlung der Miete ist deutlich weniger Gewicht beizumessen. Demzufolge handelt es sich beim vorliegenden Vertragsverhältnis um ein Arbeitsverhältnis nach Art. 319 ff. OR. III. Auszahlung aus dem Poolkonto Zwischen den Parteien wurde vereinbart, dass bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses der auf das Risiko/Absicherungskonto einbezahlte Betrag, welcher der Absicherung unvorhersehbarer Risiken dient, zurückerstattet wird (act. 5/3 S. 5). Unbestritten ist, dass die Klägerin über die Jahre 2011 bis 2016 CHF 76'999.55 auf das Poolkonto einbezahlte (act. 1 Rz. 16, act. 40 Rz. 37, act. 46 S. 19). Die Klägerin macht über die gesamte Anstellungsdauer an sie ausgerichtete Nettolohnzahlungen von CHF 301'553.95 geltend (act. 40 Rz. 39). Aus dieser Nettolohnsumme würden CHF 28'007.55 Arbeitnehmerbeiträge resultieren, die unbestrittenermassen die Klägerin zu bezahlen hätte, weshalb sie vom einbezahlten Poolkontobetrag in Abzug gebracht würden (act. 40 Rz. 42 ff.). Das ergebe CHF 48'992.- (CHF 76'999.55 – CHF 28'007.55). Dieser Betrag sei der Klägerin auszus zahlen, wiederum abzüglich 8,576% Arbeitnehmerbeiträge (AHV/IV/EO/ALV/KTV/NBU) bzw. CHF 4'201.55. Der Anspruch beziffere sich auf CHF 44'790.45, wovon der Beklagte CHF 13'333.10 bezahlt habe. Die Restschuld belaufe sich auf CHF 31'457.35 (act. 40 Rz. 45 f.). Der Beklagte anerkennt die Berechnung als korrekt, bestreitet jedoch die Nettolohnsumme. Zudem seien vom Poolkonto die Arbeitgeberbeiträge zu bezahlen (act. 31 S. 33 ff., act. 46 S. 19 f.). Im vorliegenden Fall

handelt es sich um ein Arbeitsverhältnis nach Art. 319 ff. OR und beim Betrag von CHF 76'999.55 um einen Teil des Bruttolohneinkommens der Klägerin. Deshalb können die Arbeitnehmerbeiträge davon nicht in Abzug gebracht werden. Schliesslich statuiert das AHVG, dass vom Einkommen aus un-

- 23 - selbständiger Erwerbstätigkeit, massgebender Lohn genannt, paritätische Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge erhoben werden und erstere direkt durch den Arbeitgeber vom Lohn abgezogen werden (Art. 5 Abs. 1, Art. 13 und Art. 14 Abs. 1 AHVG). Des Weiteren sind sich die Parteien zum Schluss einig, dass die BVG-Beiträge bereits durch die Kasse C. bezahlt wurden und daher nicht mehr in die Berechnung einfließen (act. 40 Rz. 38, act. 46 S. 19). Sodann ist die Nettolohnsumme, mit welcher die Klägerin rechnet, anhand der eingereichten Lohnausweise der Jahre 2011 bis 2016 ausgewiesen (act. 5/5, 5/7, 5/9, 5/11, 5/13, 5/14). Aufgrund des nicht substantiierten Vorbringens des Beklagten, weshalb die von der Klägerin berechnete Nettolohnsumme nicht korrekt sei (act. 31 S. 34 ff., act. 46 S. 19), kann der Berechnung der Klägerin gefolgt werden. Zudem hat der Beklagte nicht nachvollziehbar dargelegt, wie er auf das Total in act. 48/30 kommt und welche weiteren Aufwendungen der Beklagte aus dem Poolkonto bezahlt haben soll (act. 31 S. 30 ff., act. 46 S. 16 ff.). Der Klägerin steht ein Anteil von CHF 31'457.35 netto des Poolkontos zu. IV. Ferienlohn Der Beklagte schuldet der Klägerin den von ihr geforderten Ferienlohn (act. 1 Rz. 27 ff., act. 40 Rz. 47 ff.), da ein Arbeitsverhältnis nach Art. 319 ff. OR vorliegt. Das Einrechnen des Ferienlohnes in den Nettolohn ist nicht zulässig. Das Bundesgericht hat die Zulässigkeit einzig bei sehr unregelmässiger Arbeitsleistung oder bei sehr kurzem Arbeitseinsatz bejaht (vgl. etwa BGE 118 II 136 E.3b, BGE 116 II 515 E.4a, BGer Urteil 4C.147/2005 vom 26. September 2005 E.2, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 3 zu Art. 329d OR), was vorliegend nicht der Fall war. Die Klägerin war etwas mehr als fünf Jahre für den Beklagten tätig und verrichtete ihre Arbeit regelmässig in seinen Praxisräumlichkeiten (act. 1 Rz.

E. 8

und 13 S. 4). Dabei ist auch unbeachtlich, ob die Ferienentschädigung jeweils auf sämtlichen Lohnabrechnungen ausgewiesen wurde (act. 5/18-20, act. 42/33).

- 24 - Die obenstehenden Berechnungen zum Poolkonto sind bei der Berechnung des Ferienlohns zu berücksichtigen, da es sich bei dem vom Beklagten geschuldeten Anteil am Poolkonto um einen Anteil am Bruttolohn der Klägerin handelt. Bei der Berechnung des Ferienlohns kann auf den letzten Lohn abgestellt werden. Deshalb sind die Beitragssätze in den klägerischen Berechnungen grundsätzlich korrekt und die Berechnung kann herangezogen werden (vgl. act. 40 Rz. 51 ff.): Massgebend ist der während der Dauer erzielte Nettolohn von CHF 301'553.95 sowie gemäss obigen Ausführungen der noch ausstehende Lohn aus dem Poolkonto von CHF 44'790.45, insgesamt CHF 346'344.40. Nun anerkennt die Klägerin die Verjährung, weshalb der auf die Zeit vor dem 16. Dezember 2011 entfallende Nettolohn von CHF 36'559.93 für die Berechnung nicht zu berücksichtigen ist (act. 40 Rz. 53). Somit ergibt sich die folgende angepasste Rechnung: Auf CHF 309'784.47 sind Sozialbeiträge von 8.576% aufzurechnen, nämlich CHF 29'059.23. Die Ferienentschädigung beträgt somit brutto CHF 338'843.70*8.33%, also CHF 28'225.68 brutto. Auch dieser Anteil ist Lohn und es sind darauf die gesetzlichen Arbeitnehmerbeiträge von 8.601%, somit CHF 2'427.70 zu entrichten. Somit beträgt die Ferienentschädigung CHF 25'798.– netto. V. Verzugszinsen Die Verzugszinsforderung der Klägerin blieb gänzlich unbestritten. Entsprechend ist der Klägerin Verzugszins zu 5 % seit

dem 31. Oktober 2016 zuzusprechen. VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen Die Prozesskosten werden nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt. Der Beklagte unterliegt praktisch vollständig. Es rechtfertigt sich, dem Beklagten die Kosten vollumfänglich aufzuerlegen und ihn zur Zahlung einer vollen Parteientschädigung zu verpflichten, zumal der auch nach Ansicht des Beklagten geschuldete Betrag von CHF 13'333.10 der erst nach Anhängigmachung der vorliegenden Klage überwiesen wurde (act. 31 S. 41; Art. 106 Abs. 1 und Art. 107 Abs. 1 ZPO).

- 25 - Bei einem Streitwert von rund CHF 61'452.55 ist die Entscheidgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 GebV OG auf CHF 6'500.– festzusetzen (act. 6). Die Gerichtskosten sind aus diesem Kostenvorschuss zu beziehen. Der Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin den Kostenvorschuss zu ersetzen. Zudem hat er der Klägerin die Kosten des Schlichtungsverfahrens von insgesamt CHF 1'040.– zu erstatten. Diese Kosten gehören gemäss Art. 95 Abs. 2 lit. a ZPO zu den Gerichtskosten und werden nach Art. 207 Abs. 2 ZPO zur Hauptsache geschlagen. Bei der Bemessung der Parteientschädigung ist von einer Grundgebühr gemäss § 4 Abs. 1 AnwGebV von CHF 8'031.– auszugehen. Diese ist mit der Erarbeitung der Klagebegründung bzw. -antwort sowie der Teilnahme an der Hauptverhandlung verdient (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für zwei weitere Schriftenwechsel erscheint ein Zuschlag im Sinne von § 11 Abs. 2 und 3 AnwGebV von insgesamt rund 40% als gerechtfertigt. Die Parteientschädigung ist somit auf CHF 11'240.– festzusetzen. Dazu kommt die Mehrwertsteuer von 7.7%. Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.